

O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor

(Pontos de Convergência)

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

Ministro do STJ

I – Do Aparente Conflito de Leis no Tempo

Venho tratar das relações que se podem estabelecer entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

O primeiro tema a examinar é o aparente conflito de leis no tempo entre os dois diplomas. A questão está em saber se, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo permanecem reguladas inteiramente pelo Código de Defesa do Consumidor, ou se algumas dessas relações podem ser afetadas pelo Código Civil. Para encontrar uma solução, faço algumas considerações.

Todos sabemos que a ordem jurídica é um sistema, com condições de determinar as regras para a criação e reprodução de normas e assim se autoalimentar. É um sistema, porque estabelece a validade dessas normas que são criadas ou reproduzidas; e também, porque diz como será feita a aplicação dessas normas válidas.

É um sistema aberto, que pode sofrer a influência de valores externos, metajurídicos ou extrajurídicos, que atuam diretamente sobre ele. Não é um sistema fechado, como se estivesse distante do que acontece fora desse mundo de normas, que ele mesmo cria e sobre as quais dispõe, mas é algo que sofre, necessariamente, a influência de valores sociais, econômicos, morais, que estão fora dele e sobre ele atuam. Mesmo Luhman, que entende ser a ordem jurídica um sistema fechado, admite que ele

funciona como se fosse uma bolha, a sofrer alteração no seu contorno, por efeito de fatores externos que atuam sobre a sua conformação externa. Essa influência externa altera, internamente, o conteúdo e a disposição das normas.

Então, temos um sistema aberto - a ordem jurídica nacional, na qual se inclui o sistema de Direito Privado - e microssistemas, entre eles o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor regula uma relação específica e tem seus princípios e regras. Por um paradoxo nosso, por uma situação muito especial do Brasil, esse microssistema - que normalmente deveria ser influenciado pelos princípios do sistema - na verdade terminou influenciando o sistema maior de Direito Privado, porque este que tínhamos era extremamente desatualizado, reproduzindo idéias de mais de duzentos anos.

Quando surgiu o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, veio com ele uma nova visão do mundo negocial, e os princípios que esse Código adotou terminaram influenciando a interpretação e a aplicação do sistema civil. Tanto assim que, se observarmos a jurisprudência depois de 1990, e a própria doutrina, veremos o quanto a interpretação e a aplicação do Direito Civil mudaram no Brasil à luz dos princípios do Código de Defesa do Consumidor. Embora este esteja inserido num microssistema, terminou atuando, decisivamente, para influir sobre o próprio sistema.

O Código de Defesa do Consumidor possui alguns princípios: proporcionalidade

Palestra proferida no Seminário realizado em 11/04/2003.

de, publicidade, igualdade, equivalência das prestações, informação, consentimento informado, defesa do hipossuficiente etc., e os usou com certa frequência, diferentemente do Código Civil, de cláusulas gerais.

Agora, surgiu e está em vigor o Código Civil de 2002, que introduz novos princípios e reproduz alguns outros presentes na Constituição de 1988. Então, no Direito Civil, para aplicar alguns daqueles princípios que antes só estavam consagrados na lei do consumidor, não mais necessitamos fazer remissão ao CDC, porque já os temos no próprio sistema.

A primeira idéia que tenho é a de que, no microssistema do direito do consumidor, inserido dentro do sistema maior do Direito Privado, devem ser aplicados os princípios do sistema. Se fizermos uma distinção entre princípios e regras, entendemos que princípio é o preceito que apreende um certo valor e o revela em um enunciado, que há de servir para a interpretação de outros dispositivos, e as regras são aquelas normas de conduta reguladoras do comportamento e de suas conseqüências dentro do ordenamento jurídico.

Pois bem, hoje, os princípios que temos no Código Civil podem ser, penso eu, usados e aplicados no microssistema do direito do consumidor. Se, por acaso, surgir conflito entre um princípio do Código Civil e outro do Código de Defesa do Consumidor, a prevalência há de ser em favor do princípio do Código de Defesa do Consumidor para interpretar e aplicar à relação de consumo, porque essa relação é específica e há de atender, principalmente, aos princípios do microssistema. Assim, por exemplo, o princípio de que a prova é ônus de quem alega, reproduzido, de um certo modo, no artigo 877 do Código Civil, onde está dito que *“Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”*, não prevalece no âmbito do Código de Defesa do Consumidor porque neste admite-se, em tese, a presunção da veracidade da alegação do consumidor.

E com isso chego a uma primeira conclusão, no sentido de que, no confli-

to entre princípios, aplica-se à relação de consumo o do Código de Defesa do Consumidor.

No que tange às regras que enunciam condutas e suas conseqüências, a toda relação de consumo aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Porém, se o Código Civil, em vigor a partir de 2003, tem alguma norma que especificamente regula uma situação de consumo, nesse caso, há de se aplicar a norma do Código Civil, isso porque se trata de lei mais recente. Como exemplo, lembro as disposições que temos hoje sobre o contrato de transporte de pessoas e coisas que integram o novo Código Civil e compõem um capítulo próprio, não constantes do Código Civil de 1916. Ora, todos sabemos que o transporte é uma relação de consumo estabelecida entre um fornecedor de serviço e um consumidor desse serviço. Embora o legislador tenha posto isso no Código Civil, na verdade, ele está regulando uma relação de consumo, à qual se aplica o Código Civil, não o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, no art. 740, o novo Código dispõe sobre a desistência da viagem antes de iniciada e garante a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de a passagem ser renegociada. E, uma vez já iniciada a viagem, há a possibilidade de o passageiro que desiste obter a devolução correspondente ao trecho não utilizado, demonstrando que houve a revenda para outro. Também dispõe que, em todas essas situações, tem o transportador o direito de reter 5% a título de multa compensatória. Quanto ao transporte de coisas, há uma regra que assegura o direito de o transportador ser indenizado – e tem um prazo de 120 dias para fazer esse pedido – dos prejuízos que lhe causou o proprietário remetente da coisa, se não avisou dos perigos. É uma regra específica, que estabelece prazo de 120 dias para a reclamação.

Essas disposições específicas para a relação de consumo em caso de transporte de pessoas e coisas são aplicadas, penso eu, em detrimento de outra qual-

quer que possa estar no Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de um direito superveniente que veio dispor, de modo específico, sobre uma relação de consumo. É uma questão de lugar, tendo o legislador escolhido regular a matéria no Código Civil, e não no Código do Consumidor.

Porém, embora em casos tais tenhamos de aplicar regras do Código Civil a situações específicas de consumo, em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, continuam todavia prevalecendo para elas os princípios gerais do CDC. Portanto, nessa relação de transporte, por exemplo, a questão da prova a respeito do prejuízo será regulada pelos princípios que estão no Código de Defesa do Consumidor, e não no Código Civil.

Assim, não se pode dizer que sempre se aplica o Código de Defesa do Consumidor à relação de consumo, nem é de afirmar-se que o Código Civil revogou as disposições do Código do Consumidor. Os princípios são os do Código de Defesa do Consumidor, as regras são as do Código de Defesa do Consumidor, salvo quando o Código Civil dispuser especificamente sobre uma relação de consumo, de que é exemplo o contrato de transporte de pessoas e coisas.

II – Das Cláusulas Gerais

Trato, agora, das cláusulas gerais do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil. Sabemos que a cláusula geral é uma norma que impõe ao juiz o dever de, no momento de fazer sua aplicação, determinar previamente qual a norma de conduta que deveria ter sido observada naquele caso. Em função da regra que ele cria para aquela situação, fará então a avaliação da conduta em exame. Se essa conduta estiver de acordo com a norma de dever, assim criada para aquele caso concreto, ela será considerada lícita; se em desacordo, será então ilícita.

O Código Civil de 1916 pouco usou das cláusulas gerais. Podemos encontrar ali o art. 159, que definia o ilícito absoluto como sendo o ato praticado com negligên-

cia ou imprudência, causador de dano, e atribuía ao autor dessa infração a obrigação de reparar o dano. Como o art. 159 não disse em que consistia a culpa, em que consistia o descuido que caracterizaria a existência da infração, cabia sempre ao juiz dizer qual a conduta devida em cada situação que examinava e, a partir dali, concluir se houvera ou não a infração, se houvera ou não o descuido.

Além dessa disposição do art. 159 – que era uma cláusula geral –, também tínhamos a do art. 924, que permitia ao juiz, em certos casos, reduzir a multa aplicada, prevista para o descumprimento do contrato. O art. 924 foi usado, pelo STJ, como uma cláusula geral para garantir ao promissário comprador a devolução do que havia pago, entendendo-se que a retenção pelo promitente vendedor corresponderia a uma multa, reduzida para 10 ou 20% do que fora pago. Isso serviu para afastar a cláusula de decaimento, normalmente prevista nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, e amenizar a situação do comprador, ainda que inadimplente. Fez-se do art. 924 uma aplicação extensiva, para permitir a solução de tais casos, pelo que poder-se-ia ver, nesse artigo, uma outra espécie de cláusula geral.

No art. 964 do Código de 1916, sobre o pagamento indevido, havia uma disposição dizendo que: *“Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir...”*. Essa mesma regra foi reproduzida no Código Civil de 2002, no art. 876 que tem, no entanto, uma redação melhor, mais ampla. A regra do enriquecimento injusto, que garante ao prejudicado a possibilidade de ser indenizado, consta do atual art. 884: *“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido...”*. É uma regra subsidiária mas, de qualquer forma, está inserida no nosso Código, para permitir o reequilíbrio em favor daquele que perdeu com o enriquecimento injusto do outro.

Além dessas disposições, poderia ainda mencionar, como cláusula geral no Código de 1916, o art. 1.056, que dis-

punha sobre a responsabilidade do contratante que descumpre o contrato.

Todas essas poderiam ser tidas como cláusulas gerais, porque permitiam ao juiz estabelecer a regra de conduta que, no caso, deveria ser obedecida. Mas a verdade é que no Código de 1916, ou por despreparo da nossa ciência jurídica, que não sabia como lidar com esse tipo de norma, ou por desnecessidade prática de qualquer referência a essa técnica, a cláusula geral não era conceito corrente. Foi o Código de Defesa do Consumidor que introduziu a presença da cláusula geral em alguns dispositivos de grande aplicação a casos práticos, como a hipótese da cláusula geral da boa-fé e a da onerosidade excessiva.

O Código Civil de 2002 segue com mais vigor por esse mesmo caminho, e tem várias cláusulas gerais. Veremos o que estava no Código de Defesa do Consumidor com relação a essas cláusulas, o que está no Código Civil de 2002 e de que modo podemos usar essas disposições – as do Código Civil e as do Código de Defesa do Consumidor – na atualidade.

III – Da Boa-Fé

Começo pela cláusula da boa-fé objetiva. No art. 4º do CDC está dito que a política nacional das relações de consumo será harmonizada com a valoração dos interesses, de acordo e com base na boa-fé; o art. 51 reza que são nulas as cláusulas incompatíveis com a boa-fé. Enquanto a primeira é uma orientação para o legislador e para o Estado como um todo, que deve compatibilizar os interesses da produção e do consumidor com base na boa-fé, há a regra específica contratual do art. 51, dizendo ser nula de pleno direito a cláusula incompatível com a boa-fé.

Sobre a boa-fé, o Código Civil de 2002 tem disposições mais amplas e completas. Como já constavam do Projeto de 1975, que se transformou no Código de 2002, verificamos que o legislador civil de 1975, nesse ponto, foi mais avançado do que o do Código de Defesa

do Consumidor e melhor, até, do que o foi o de outros países em que se dispôs sobre a cláusula da boa-fé.

O artigo 422 do Código de 2002 reza que “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”. É uma cláusula geral que dispõe sobre a boa-fé no contrato, em todos os contratos. A boa-fé objetiva é o princípio de lealdade que deve orientar as relações humanas, de sorte que todos devem permitir sejam realizadas as expectativas que os outros têm nas relações mantidas na vida social, princípio ético que preside o ordenamento, está presente e serve de guia para todas as relações no campo do Direito Privado, e também no âmbito do Direito Público. Diz o art. 422 que esse princípio, em se tratando de relação obrigacional, deve ser observado desde a celebração até a execução.

Acrescento eu que o enunciado ainda admite maior extensão, pois a boa-fé deve estar presente mesmo antes da realização do contrato, isto é, já nas tratativas, porque é a boa-fé que sustenta a idéia da responsabilidade pré-contratual. Antes de celebrar o contrato, as partes estão obrigadas umas com as outras a ser honestas, probas, a não causar danos injustificados, a não criar expectativas inatingíveis, a não frustrar o que legitimamente delas era esperado. Por isso, aquele que inicia uma negociação e sem nenhuma justificativa dela sai, deixando para o outro, que nela acreditou, o prejuízo de nele ter confiado, responde pelo dano causado; não é com base no contrato, uma vez que contrato inexistente, nem na lei, que lei também não dispõe sobre isso; responde com base no princípio da boa-fé objetiva, que cria o dever de indenizar, antes do contrato.

Há de se entender, também, que essa boa-fé preside as relações mesmo depois de extinto ou de integralmente executado o contrato. Aquele que, depois de cumpridas todas as prestações contratadas, frustra as expectativas do outro, pode ser obrigado a indenizar por

ter violado o princípio da boa-fé. Quem aliena o seu estabelecimento, entrega o bem e recebe o preço, não pode depois disso ter conduta contrária ao que dele se poderia esperar, de acordo com a boa-fé. Assim, o vendedor de uma mercearia não há de, no dia seguinte, estabelecer a mesma mercearia ao lado daquela que ele vendeu, porque isso significaria uma concorrência desleal para com o comprador. O ilícito acontece depois de extinto o contrato, independentemente de cláusula contratual prevendo essa situação. Quero dizer que a boa-fé objetiva, criando obrigações ou limitando direitos, atua antes, na celebração, na execução, e até depois de extinto o contrato. O art. 422 do CC permite essa interpretação.

O art. 187 diz assim: *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*. Aqui se definiu o abuso de direito como sendo um ato ilícito e com isso ultrapassamos toda uma dificuldade teórica para conceituá-lo. O conceito de abuso de direito acolhido pelo Código não tem nenhum elemento intencional. Sabe-se que nossa antiga doutrina apenas admitia o abuso quando demonstrado que o titular do direito excedera-se com a intenção de prejudicar terceiro, com o propósito maligno de causar dano ao outro. Abandonou-se essa exigência meramente subjetiva para se dizer que o abuso de direito corresponde ao exercício de um direito além da boa-fé, dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, ou pelos bons costumes.

Com isso, a boa-fé é posta no Código Civil como uma couraça de todo o ordenamento jurídico para informar que todos os direitos subjetivos por ele assegurados somente poderão ser exercidos no limite da boa-fé, e isso vale para o contrato, para o Direito Civil de um modo geral, e também para o Direito Público. Essa é, acredito eu, a regra mais importante do Código Civil.

Essas disposições do Código Civil sobre a boa-fé completam as que cons-

tavam no Código de Defesa do Consumidor. Por isso, a cláusula geral da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas gerais sobre boa-fé no Código Civil podem ser aplicadas complementarmente.

IV – Da Lesão

A lesão é um vício que está presente na celebração do contrato. Se neste são estipuladas condições altamente desvantajosas para uma das partes, há ali a possibilidade de existir um vício que atinge o próprio contrato. É uma idéia que nos veio do Direito Romano, passou pelo Direito Português, estava na Consolidação de Teixeira de Freitas, mas foi proibida de ser invocada pelo Código Comercial de 1850, e esquecida no Código Civil de 1916. Ela ressurgiu no nosso direito pela lei de 1951 sobre a economia popular, que enumerou entre as causas de nulidade do contrato a usura real, existente sempre que uma das partes obtivesse vantagem superior a 20% do que era corrente ou justo (art. 4º da Lei 1.521/51). Mas, nesse caso, somente se reconheceria a nulidade se demonstrado o abuso da situação de necessidade premente, da inexperiência ou da leviandade da outra parte.

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso V, veio retomar a idéia da lesão para permitir a modificação de cláusula que estabeleça prestações desproporcionais, isto é, quando as prestações não forem equivalentes. No artigo 51, diz-se que são nulas as obrigações consideradas iníquas, abusivas, ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Com isso, o CDC trouxe para o nosso sistema aquela idéia presente no antigo direito, de reconhecer a lesão sempre que houver, objetivamente, na celebração do contrato, uma prestação desproporcionada (se era de 20%, lesão enorme; se era de 50%, lesão enormíssima), bastando a simples presença da desproporção, independentemente do requisito subjetivo de estar o contratante debaixo de necessidade ou sendo explorado em sua inexperiência ou leviandade.

Já o Código de 2002, retornando ao espírito da lei de 1951, introduziu novamente, na idéia de lesão, o requisito da premente necessidade ou da inexperiência, conforme está no art. 157. Nesse ponto, o Código Civil disse menos do que deveria, e não se aplica essa regra à relação de consumo. O juiz civil - para os outros contratos sobre os quais incide - terá de interpretar a regra do art. 157 do Código Civil - que dispõe sobre a lesão e impõe o elemento subjetivo da necessidade ou da inexperiência - para verificar até que ponto, na verdade, vai ser exigida a prova dessa premente necessidade ou inexperiência. A rigor, penso eu, ele deverá entender que quem se obriga a uma prestação absolutamente exagerada e desproporcionada à situação do mercado ou ao que era justo, estava agindo, presumidamente, por extrema necessidade. É o único meio que terá o juiz do civil - estou aqui falando não do juiz da relação de consumo, mas do juiz do civil em geral - de garantir que o contrato seja justo, naquela idéia de Aristóteles, quando nele se entra ou sai com o mesmo, ou então, nas palavras que ele usou na *Ética a Nicomacos*: "*O justo no contrato consiste em ter um quinhão igual antes e depois da ação*". Caberá ao juiz do civil, portanto, ao interpretar o art. 157, dar-lhe uma feição adequada à idéia de justiça.

V - Da Onerosidade Excessiva

Diferentemente da lesão, defeito que está na gênese do contrato, a onerosidade excessiva é a consequência de um fato posterior, e surge em razão de fatos ocorridos depois da celebração do contrato. Pode acontecer que, por razões supervenientes, haja uma alteração objetiva da base do negócio, isto é, daquelas circunstâncias objetivas que estavam presentes no momento em que o negócio foi celebrado e em razão das quais foi feito. A modificação superveniente vai gerar uma dificuldade que tornará mais onerosa a obrigação a uma das partes.

Não se tratando de contrato instantâneo, isto é, aquele que se realiza e se

completa em um momento, quando um dá e outro recebe, mas de contrato que prevê prestações a serem cumpridas em um tempo futuro, seja em razão de execução diferida (prestações mensais no contrato de compra e venda), seja porque a execução é continuada ou duradoura (prestações no contrato de locação, ou no contrato de fornecimento), nesses casos a idéia é a de que deverá haver, no futuro, quando a prestação vier a ser cumprida, a manutenção daquelas bases presentes quando da realização do negócio. Se houver modificação capaz de colocar uma das partes em situação de grave dificuldade para suportar o cumprimento do contrato assim como avençado, haverá também a possibilidade da modificação daquela prestação, ou da própria extinção do contrato. Esse fenômeno é tratado sob diversas denominações: teoria da imprevisão, da onerosidade excessiva, da alteração da base do negócio, da pressuposição etc., mas, na verdade, é uma coisa só, e todas procuram explicar quais as características que deve ter esse fato superveniente para ter eficácia sobre o negócio já concertado. A questão está em saber que requisitos deverão estar presentes para que se aceite a modificação ou a extinção do contrato.

O Código de Defesa do Consumidor, nesse ponto, tem uma regulação objetiva, isto é, basta que ocorra um fato superveniente que altere objetivamente o equilíbrio entre as prestações para que seja possível a revisão ou a modificação do contrato (art. 6º, V). Já o Código Civil de 2002 veio dizer, no art. 478 que, nesses contratos de execução diferida ou continuada, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, pode haver a modificação ou a resolução, mas desde que - e aqui impôs dois requisitos, que não estão no Código de Defesa do Consumidor - haja, em favor da outra parte, uma vantagem exagerada, e desde que esses fatos sejam imprevisíveis.

Ora, esses dois requisitos que não estão no Código de Defesa do Consumidor na verdade, a meu juízo, não deveri-

am estar também no Código Civil. Em primeiro, porque esse fato superveniente pode até ser previsível, – no Brasil, a inflação é um fato previsível –, mas esse fato superveniente previsível pode tornar absolutamente insuportável o cumprimento do contrato para uma das partes. Além disso, não faz parte do conceito de onerosidade excessiva, e nunca fez, o requisito da vantagem exagerada da outra parte. A onerosidade excessiva justifica uma modificação do contrato ou a sua extinção desde que uma das partes sofra de forma insuportável; pouco interessa se a outra tenha com isso uma vantagem, que poderá não ter. Assim, a redação do Código Civil, nesse ponto, pecou ao introduzir duas condições para a onerosidade excessiva que não deveriam ali constar, daí por que há de se aplicar à relação de consumo o disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Agora, também acredito - e aqui faço uma observação aplicável ao juiz do cível em geral - que essa disposição do art. 478 há de ser interpretada juntamente com o art. 317 do Código Civil para os contratos que não sejam de consumo. Ao dispor sobre pagamento, o Código Civil disse que, se o juiz verificar ter a prestação perdido o valor, poderá determinar um reajustamento da prestação. Ora, se é possível ao juiz, simplesmente considerando o fato objetivo da desvalorização da prestação, recompor a obrigação em favor de quem é feito o pagamento, penso eu que esse mesmo princípio há de se aplicar, também, para quem vai pagar. No caso do art. 317, ao que parece, o legislador quis proteger o credor, para dizer que ele terá direito de solicitar o aumento da prestação. Mas essa mesma regra há de funcionar, também, atendendo ao princípio de isonomia, em favor do devedor. Com isso, poderemos conciliar essas duas disposições do Código Civil para afirmar que bastam os dados objetivos para que, com base na modificação superveniente das circunstâncias, tornando a prestação exagerada ou desvalorizada, seja feita a alteração do contrato.

VI – Da Redução da Cláusula Penal

Estou retornando ao tema da redução da cláusula penal do art. 924 do Código Civil porque é uma regra importante, que permite seja aplicada, a título de redução da multa, a todas as situações em que o devedor inadimplente pede a extinção; obtendo-a, a redução da cláusula penal que previa a perda das prestações garante ao devedor a devolução de uma parte do que pagou. A regra do art. 924 está reproduzida no art. 413 do Código Civil de 2002, e com maior amplitude, isto é, agora está dito claramente que o juiz poderá reduzir a multa imposta toda vez que ela se mostrar manifestamente excessiva, independentemente da proporção de cumprimento da obrigação, como estava no Código revogado (art. 924), e com isso estará autorizando o comprador a receber a restituição de uma parte do que pagou, porque a multa, que corresponderia à perda total, é excessiva. Por isso, penso, o disposto no art. 413 do Código Civil aplica-se também à relação de consumo. Essa observação tem pertinência porque no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor havia o parágrafo 5º, que vinha expressamente dispor sobre a possibilidade de o devedor inadimplente reter ou receber de volta aquilo que havia pago na execução do contrato que, depois, ele não conseguiu cumprir. Essa disposição foi vetada. Portanto, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, o comprador ficou desprotegido em tal hipótese. Com a interpretação que se propõe que seja dada ao disposto no art. 413 do Código Civil, esse artigo deverá ser aplicado em favor do consumidor, pois o CC concede mais que o CDC.

VII – Da Desconsideração da Pessoa Jurídica

A desconsideração da pessoa jurídica não estava prevista no Código Civil de 1916, mesmo porque o seu art. 20 consagrava a absoluta separação entre a pessoa física e a pessoa jurídica. Essa regra do art. 20 não está reproduzida no Código Civil de hoje, e o Código de Defe-

sa do Consumidor, no art. 28, tem uma regra amplíssima a respeito da responsabilidade dos sócios quando, na direção ou na administração da sociedade, tenham agido contra o contrato e/ou contra a lei, causando dano ao consumidor ao administrar mal a empresa, levando-a à insolvência ou à falência.

Sobre a desconsideração, o Código Civil traz uma regra específica no art. 50, no sentido de que a desconsideração da pessoa jurídica será possível em duas situações: quando demonstrado ou o desvio da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial entre os sócios e a sociedade. Portanto, apenas nesses dois casos é que o Código Civil permite a desconsideração. As hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor, na verdade, acredito, são apenas hipóteses de extensão da responsabilidade patrimonial da sociedade que se passa aos sócios, não sendo, propriamente, uma situação de desconsideração da pessoa jurídica.

A desconsideração da pessoa jurídica ocorre, no caso de desvio, quando aquele ato praticado pela pessoa jurídica é, em si, lícito, mas é ilícito se pensarmos que foi praticado para encobrir o ato do sócio. Isto é, ao ver-se o ato da pessoa jurídica, ele é lícito; visto como sendo um ato do sócio, é ilícito. Nesse caso, a pessoa jurídica é usada para encobrir o ato ilícito do sócio, desviando a sua finalidade. Em tal circunstância, é possível afastar a pessoa jurídica para atingir o sócio que, na verdade, estava praticando o ato. O exemplo clássico é daquele que, estando proibido de exercer uma certa atividade como pessoa física, constitui uma pessoa jurídica e por ela pratica o ato que a ele não era permitido.

Também se tem a desconsideração da pessoa jurídica quando já não há a separação entre o patrimônio dela e o dos sócios, distinção que é a razão de ser da pessoa jurídica. Então, estou dizendo e concluindo que as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre a desconsideração da pessoa jurídica, na verdade, não são hipóteses de

desconsideração, mas de extensão de responsabilidade por atos ilícitos dos administradores - regra que nós já tínhamos na lei que tratava da sociedade de responsabilidade limitada - e que as hipóteses de desconsideração que estão no Código Civil também se aplicam em favor do consumidor.

VIII – Da Responsabilidade Civil

Tocante à responsabilidade civil, devo fazer duas observações: uma é sobre a responsabilidade objetiva, outra é quanto à indenização do dano moral.

No que diz com a responsabilidade objetiva, as disposições do Código de Defesa do Consumidor atribuem essa responsabilidade ao fornecedor. No novo Código, há duas novas regras, que também dispõem sobre responsabilidade objetiva: a do art. 927, que atribui a responsabilidade objetiva a todo aquele que normalmente exerce uma atividade perigosa e em razão disso causa um dano, e a regra do art. 931, que atribui a responsabilidade objetiva ao empresário que põe em circulação um produto, isto é, um bem ou um serviço e que, em razão dessa circulação, haja dano.

A norma do art. 927 dispõe sobre responsabilidade por ato ilícito; ilícito absoluto, independentemente de contrato, daí por que, de um modo geral, não terá também aplicação na relação de consumo que, em princípio, pressupõe a existência da relação contratual (tirante os casos de responsabilidade pré-contratual). A outra norma, a do art. 931, que atribui responsabilidade ao empresário que põe em circulação produtos, não se aplica à relação de consumo, porque a própria disposição legal esclarece que ela será usada se não houver disposição específica de outra norma. Como temos uma legislação específica para o consumo, ela em princípio não se estende à relação de consumo.

IX – Da Valoração do Dano Moral

Em primeiro lugar, esclareço que trato sob a denominação de dano moral o dano extrapatrimonial, e mantenho

essa designação porque assim constou na Constituição e tem sido com certa uniformidade usado na doutrina e na jurisprudência.

Cuido da valoração do dano moral por ser assunto cada dia de maior interesse para nossa sociedade. E ainda porque a experiência do foro revela que as ações de indenização por descumprimento de contrato (na sua grande maioria, contratos de consumo) incluem um pedido de reparação do dano material, correspondente ao dano emergente ou ao lucro cessante, facilmente aferíveis, e outro, de reparação do dano moral, que corresponderia ao dano sofrido pelo consumidor com a frustração pelo inadimplemento do fornecedor, causa de transtornos e aborrecimentos. Na verdade, essa segunda parcela (que não se inclui nos danos emergentes e nos lucros cessantes) contém também um aspecto que não é só moral, e que consiste na falta da prestação em si, que deixa de se incorporar ao patrimônio jurídico do consumidor. Isto é, os consumidores que sofrem os efeitos do descumprimento ou do cumprimento imperfeito do contrato têm obtido indenização por esse fato não a título de dano material, que existe e que resulta do simples inadimplemento, mas como se fora uma reparação ao dano moral. Com isso, o dano moral passou a ser usado como vocativo para a definição de prejuízos causados pelo descumprimento de um contrato. Toda vez que um cidadão compra um automóvel defeituoso, ele pede a restituição do numerário ou a substituição por um outro veículo, e ainda a reparação do “dano moral”, a significar que ele está querendo é ser indenizado pelo mais que lhe resultou do descumprimento do contrato.

Por isso, o dano moral é algo muito importante para o dia-a-dia do nosso foro, e traz consigo uma terrível dificuldade: a avaliação desse dano. Não temos leis que estabeleçam critérios ou parâmetros para a fixação de dano; todas as disposições legais que tínhamos quanto à indenização por danos morais foram afastadas depois da Constituição de 1988,

que veio garantir a indenização pelo dano moral. Com essa regra, o nosso Tribunal passou a entender que não existe mais nenhuma limitação legal, nem da lei de imprensa, nem da lei de telecomunicações, nem do Código Penal, com o que o juiz, o advogado e a parte ficamos com a dificuldade de avaliar o dano moral. Penso que esse critério é, para todos os casos, a equidade.

X – Da Equidade

No Código Civil, no capítulo que trata da indenização, no art. 944, parágrafo único, o legislador assevera que: “*Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização*”. Referiu-se, portanto, à equidade. E depois, no art. 953, quando tratou da injúria e da indenização pelo dano por ela causado, disse que, se a parte não conseguir provar o dano material - o que normalmente acontecerá, porquanto é muito difícil que da injúria decorra dano material -, o juiz fixará a indenização eqüitativamente. Há, pois, nesse mesmo capítulo, duas referências à equidade.

Em razão disso, o conceito de equidade é, no meu entender, o parâmetro que o legislador forneceu ao juiz para a fixação da indenização do dano moral.

Segundo Aristóteles, a equidade faz parte da idéia geral de justiça, como sinônimo de moral, de virtude. A equidade vai além da lei, porque ela procura garantir a aplicação do espírito da lei. São Tomás afirma que a equidade não é contra o justo em si, mas contra a lei injusta; quando ao juiz é permitido o uso da equidade, ele pode ir além da lei, para garantir a aplicação do justo. O direito, que é obra da justiça para estabelecer uma relação de igualdade entre as partes, na justa proporção do que cabe a um e a outro, permite ao juiz aplicar a equidade.

Para aplicar a equidade ao caso concreto, no sentido de que é preciso afastar a lei injusta para obter a aplicação do princípio de justiça, disse o filósofo que o juiz deve usar a régua dos arquétipos de Lesbos, flexível e maleável, que

permite ao engenheiro, no medir o objeto, acompanhar os contornos desse objeto. Essa, diz ele, é a régua da equidade. Essa é, acredito com firmeza, a régua do juiz, pois sempre que tratar de aplicar a lei, deve usar uma régua que lhe permita ajustar a sua decisão à hipótese em exame, ajustá-la àquela situação, para fazer a justiça do caso concreto. Nesse sentido, a equidade é um princípio e uma técnica de hermenêutica, sempre presente em toda a aplicação da lei.

Mas essa equidade a que se refere Aristóteles na *Ética* a Nicômacos é a equidade corretiva, aquela que o juiz vai aplicar quando tiver a necessidade de afastar uma injustiça que resultaria da aplicação estrita da lei. E é a essa equidade que se refere o legislador quando, no art. 944, parágrafo único, diz que o juiz poderá, quando o grau de culpa for pequeno e a extensão do dano muito grande, fazer uma correção para deixar de aplicar a regra geral constante do *caput*, de que a indenização há de corresponder à extensão do dano. Pode o juiz afastar essa disposição para adequar uma indenização que seja mais justa em razão do grau da culpa do agente – é uma equidade corretiva.

Além dessa equidade, ou além dessa função que se dá à equidade, Aristóteles, na *Retórica*, disse que, quando houver um vazio ou uma lacuna na lei, pode o juiz também usar da equidade, não no sentido de que ele vá criar uma norma, como se fosse o legislador, para resolver aquele caso (como equivocadamente estava no art. 114 do Código de Processo Civil de 1939, que atribuía ao juiz, na lacuna da lei, criar uma norma como se ele fosse o legislador e, com base nessa norma, dispor para o caso). A equidade como supridora de lacuna, essa equidade integradora que o juiz vai usar no vazio da lei, não funciona desse modo, mas sim no sentido de que, nesses casos, o juiz parte especificamente das circunstâncias que está enfrentando e, a partir delas, chega a uma conclusão, independentemente da necessidade de criar nova norma. A regra do

art. 953, parágrafo único, do Código Civil permite ao juiz o uso da equidade integradora, suprimindo a lacuna a respeito de qualquer critério para a estipulação do dano moral decorrente da injúria.

Seja para arbitrar o valor da indenização pelo dano moral com o uso da equidade corretiva (diminuir o valor que seria de outro modo mais elevado), seja para fazê-lo por meio da equidade integradora (preencher o vazio com o uso da equidade), deve o juiz procurar expressar, na fixação da indenização, aquilo que corresponda à idéia de justiça presente na sua comunidade, que satisfaça à consciência média da sociedade para a qual se dirige a sentença e onde convivem autor e réu. Por isso, será sempre um juízo fundamentado, com a explicitação das razões pelas quais ele chegou àquela conclusão.

As regras da equidade do Código Civil, para a avaliação do dano moral, são aplicáveis às relações de consumo. À falta de outro critério, é o único que a lei nos fornece para esse arbitramento.

XI – Dos Juros

Outro tema que está no Código Civil e interessa também ao Direito do Consumidor diz com os juros remuneratórios e moratórios. Tínhamos regras do Código Civil que estabeleciam critérios para a taxa de juros, e depois veio a Lei de Usura de 1933, estabelecendo como limite máximo de juros 12% a.a. Mais tarde, tivemos a Lei 4.595/64, que regulou o sistema bancário e permitiu ao Conselho Monetário Nacional limitar juros, regra que o Supremo Tribunal Federal interpretou como sendo a possibilidade de o Conselho Monetário Nacional ir além do limite, interpretação expressa na Súmula 596, até hoje aplicada.

O Código Civil trouxe duas regras a respeito de juros: a do art. 591, sobre os juros remuneratórios (aqueles que são devidos pelo uso do capital), no qual se estabelece que eles não podem exceder a taxa que a Fazenda Nacional aplica aos contribuintes pela mora no pagamento de impostos, e a regra do art. 406,

sobre os juros moratórios (devidos depois do vencimento), que permite sejam eles convencionados, e se por acaso não o forem, terão o limite dos cobrados pela Fazenda Nacional. A situação que se põe, então, é a seguinte: os juros remuneratórios, que devem ter um limite do qual não podem exorbitar, e os moratórios, que devem ter o mesmo limite se não convencionada outra taxa, devem atender a que limite? Ao da taxa Selic? Quando se realizou a Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em Brasília, há pouco tempo, decidiu-se que essa taxa Selic (que compreende, além de juros, também a correção monetária) não pode ser usada como critério para fixação da taxa de juros. Com isso, poderia, talvez, ser aplicada uma outra regra do Código Tributário Nacional, que estabelece um limite de juros de 12% ao ano? A verdade é que essa questão, de se saber qual o critério a ser usado para definir a taxa de juros remuneratórios, está em aberto. Mas tem grave repercussão no foro, uma vez que a conta de liquidação judicial, que antes incluía juros moratórios de 0,5% ao mês, hoje deve ser elaborada atendendo ao disposto no novo Código, isto é, incluir a taxa aplicada pela Fazenda Nacional. Enquanto não criado um índice que contemple apenas juros em favor da Fazenda Nacional, pode ser adotado o quantitativo do CTN, ou a Selic, descontada a inflação.

XII – Dos Prazos

Por fim, uma breve observação a respeito da lei no tempo. Em princípio, os contratos têm sua validade regulada

pela legislação anterior, e os seus efeitos, determinados pela legislação nova (art. 2.035). Os prazos serão os da legislação antiga, quando reduzidos pelo Código de 2002, se na data de sua entrada em vigor já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Quer dizer, se nós tínhamos um prazo de vinte anos e já transcorreram mais de quinze, aplica-se a lei velha; se tínhamos um prazo de dez anos e passaram-se apenas quatro, aplica-se, a partir dali, o prazo da lei nova.

Isso tem um certo interesse para o Código de Defesa do Consumidor, porque a ação de reparação de dano, cujo prazo prescricional, pelo Código de 1916, era de vinte anos, pelo novo Código Civil passou a ser de três anos, enquanto a pretensão indenizatória prevista no Código de Defesa do Consumidor tem a sua prescrição em cinco anos. Pergunto se essa disposição nova do Código Civil, que reduz o tempo de prescrição da pretensão indenizatória para três anos, também se aplica à relação de consumo. Acredito que, em razão de sua especificidade, que se denota inclusive pela regra própria sobre o início de sua contagem, mantém-se para o cálculo da prescrição da pretensão de reparação do dano causado ao consumidor a regra do CDC, permanecendo o prazo de cinco anos. Quanto aos prazos de decadência - que significam a extinção do direito formativo ou potestativo de reclamar ou de algum modo protestar -, continuam regulados no Código de Defesa do Consumidor, no art. 26. 